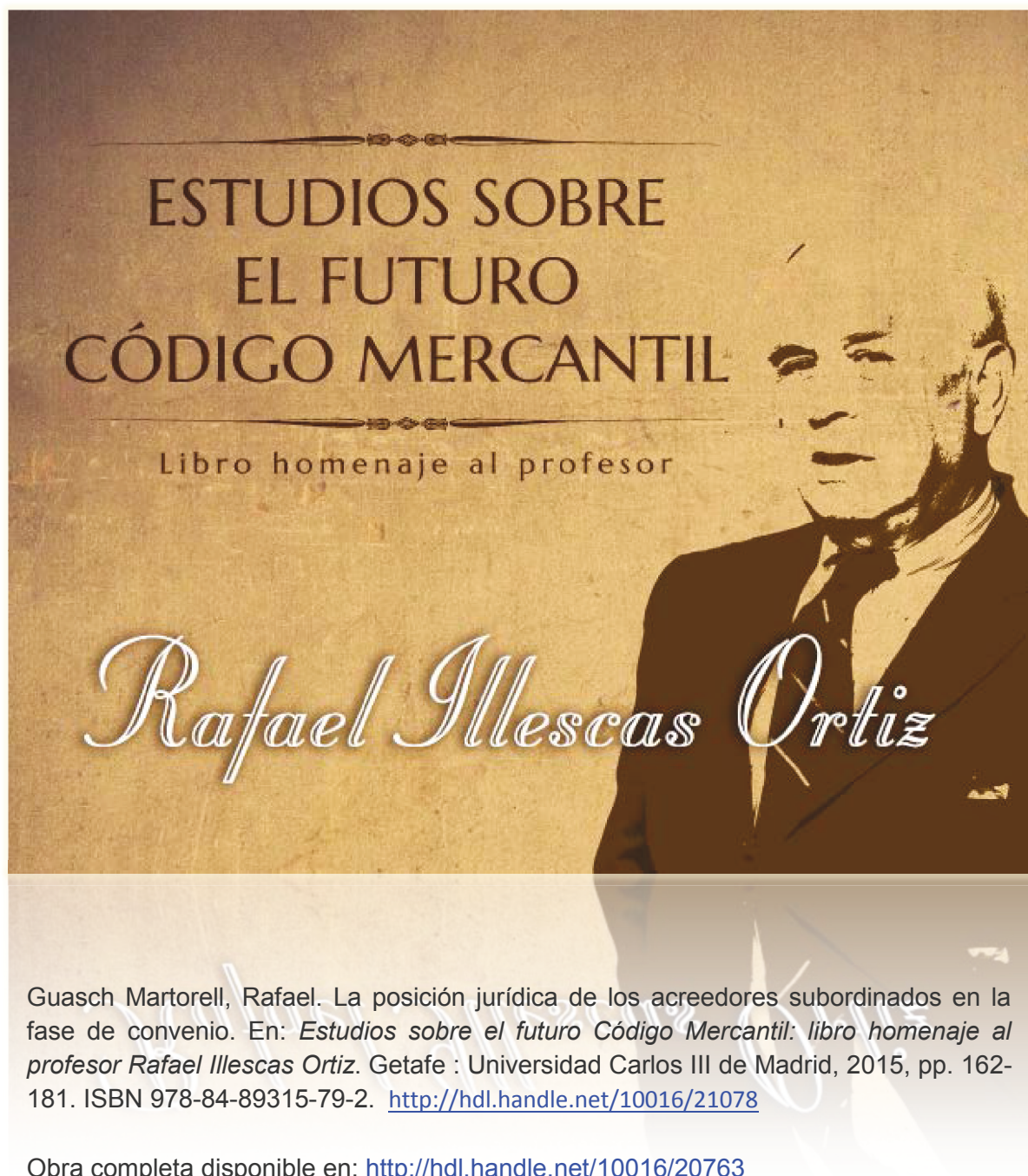




Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ACREEDORES SUBORDINADOS EN LA FASE DE CONVENIO

RAFAEL GUASCH MARTORELL*

Resumen

Los acreedores subordinados en la fase de convenio tienen reconocidos un conjunto de derechos con miras a defender sus legítimos intereses en el marco de la aprobación de un convenio judicial que les vincula todo y no haber podido contribuir a la formación de la voluntad mayoritaria. Es por ello que en el presente trabajo se analizan y cuestionan los aspectos más relevantes del alcance y contenido de los derechos que como acreedores concursales les corresponden, y se argumenta a favor de una interpretación extensiva acorde con la nueva orientación que nuestro legislador ha ido otorgando a la luz de la reforma concursal.

Contenido

1. Introducción. – 2. La revisión legal del tratamiento de los créditos que afectan a la financiación. – 2.1. La capitalización de créditos o la transformación de deuda en capital. – 2.2. La problemática de la entrada de liquidez o de Fresh Money. – 3. La presentación de la propuesta de convenio. – 3.1. La condición de proponente del acreedor subordinado y los posibles perjuicios. – 3.1.1. A la posición jurídica del concursado. – 3.1.2. A la posición jurídica de los restantes acreedores concursales. – 3.1.3. A la agilidad del proceso concursal. – 3.1.4. A la transparencia del procedimiento concursal. – 4. El ejercicio de los derechos de asistencia, debate e información, en la junta de acreedores. – 4.1. El derecho de asistencia a la Junta de Acreedores. – 4.2. El derecho de debate en la Junta de Acreedores. – 4.3. El derecho de información en la junta de acreedores. – 5. El derecho de impugnación de los acreedores subordinados. – 5.1. La oposición a la aprobación judicial del convenio. – 5.2. La infracción de las medidas prohibitivas o limitativas. – 5. 3. El incumplimiento del convenio. – 6. La extensión subjetiva del convenio.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la toma en consideración del sucinto tratamiento legal de los créditos subordinados que, recordemos, presenta como hitos más trascendentes respecto de las restantes categorías de créditos concursales, la interdicción legal del derecho de voto y

* Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Barcelona.

en materia de prelación de pagos, la ubicación jerárquica en una posición claramente residual, resulta diáfana la voluntad del legislador concursal de otorgar a los créditos subordinados un tratamiento desfavorable e incluso marginal respecto de los créditos ordinarios. Pues bien, siendo cierto que por mandato legal los acreedores subordinados devienen los acreedores concursales de peor condición, entendemos que ello en modo alguno debe conducir forzosamente a un debilitamiento de su condición de acreedores concursales.

Sin embargo, también somos plenamente conscientes que el debilitamiento en la posición jurídica de los acreedores subordinados irremediablemente sucederá si en el ámbito doctrinal se hace mayoritaria una interpretación restrictiva del alcance y contenido de los derechos ejercitables por los titulares de créditos subordinados en el momento en que decidan defender sus legítimos intereses patrimoniales en el seno del procedimiento concursal. Acorde con lo anterior, en este artículo vamos a reflexionar entorno del alcance y las consecuencias jurídicas que conlleva el ejercicio de los derechos reconocidos en la Ley Concursal a los acreedores subordinados en la fase de convenio.

2. LA REVISIÓN LEGAL DEL TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS QUE AFECTAN A LA FINANCIACIÓN

En nuestro todavía joven derecho concursal, de forma paralela a la constatación por parte del legislador de la duración y gravedad de la crisis económica se ha ido hilvanando una reforma concursal¹ en la que, entre otras finalidades se vislumbra la de normativizar mecanismos de financiación, directos o indirectos, externos o internos, que permitan aunar la reducción del endeudamiento financiero -desapalancamiento- con la captación de nuevos ingresos financieros. En este sentido, la plasmación normativa de ambas finalidades encuentra fiel reflejo, de una parte, en lo que se denomina como capitalización de créditos o transformación de deuda en capital y de otra parte, en lo que se denomina con el término anglosajón “Fresh Money”.

2.1. La capitalización de créditos o la transformación de deuda en capital

La conversión de créditos en capital social no constituye una novedad legislativa que deba ser atribuida exclusivamente a la reforma concursal, como es sabido, la Ley Concursal de 2003² ya trataba de incentivar con mayor o menor fortuna que los

¹ Reforma de la Ley Concursal que refleja una curiosa manera de legislar desordenada, caótica y con un carácter transitorio que plantea numerosos problemas interpretativos. Nos referimos a la reforma que se inicia con el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; que tiene su continuidad con el Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y que parece concluirse con la Ley 17/2014, de 30 de septiembre que convalida el RDL 4/2014.

² En efecto de acuerdo con lo establecido en el art. 134. 1 segundo apartado, que se ha mantenido invariable desde su redacción original, los acreedores subordinados tendrán la “facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de créditos en acciones, participaciones, o cuotas sociales o en créditos participativos”. A este respecto, SÁNCHEZ CALERO, F.,

acreedores subordinados optasen por adquirir o ampliar, en su caso, la condición de socio en la sociedad concursada,³ afectando esta decisión, de un modo especial a las personas próximas o cercanas al concursado que a la fecha de declaración del concurso tuviesen la condición de acreedores concursales.

El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo contempla una serie de medidas destinadas a favorecer⁴ la transformación de deuda en capital con la clara voluntad de conseguir ampliar el perímetro de los destinatarios, alcanzando así a todos los acreedores sin hacer distinciones en base a su categoría ni a su adscripción concursal o post concursal. En efecto, el legislador concursal es plenamente consciente que en la realidad del tráfico económico a consecuencia de la perdurabilidad y de la gravedad de la crisis económica son numerosas las empresas que no obstante padecer un elevado endeudamiento y por consiguiente soportar una carga financiera desorbitada todavía son capaces de mantener un proyecto empresarial viable, supeditado esto sí, a la capacidad de lograr compatibilizar con éxito las políticas de saneamiento financiero o desendeudamiento con las políticas encaminadas a la consecución de inyecciones de capital nuevo.

A pesar de los pesares, estando así situados forzosamente en un escenario complejo y de una gran incertidumbre⁵ cabe plantearse ¿cuál será la posición que adopten los acreedores concursales? pensemos, a modo de hipótesis, en supuestos donde se plantean propuestas de convenio con quitas del 70% o del 80 % del importe de los créditos y con una creciente disminución del valor de realización de los activos dados en garantía. Ante estas circunstancias adversas, no debe resultarnos sorprendente que a ciertos acreedores concursales -sobre todo a los ordinarios y subordinados- les pueda resultar más ventajoso para sus intereses el apostar decididamente por otorgar viabilidad al proyecto empresarial, por ejemplo, adoptando medidas que tengan por finalidad reducir el endeudamiento de la sociedad que, por el contrario, optar por mantener a

“La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, en *sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 3909-3910, señala: “... los acreedores subordinados tienen la facultad de aceptar, y por consiguiente de rechazar, las propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones o participaciones o cuotas sociales que estimen inadmisibles, si bien se ha de pensar que normalmente no tendrán otra solución que aceptar porque, teniendo en cuenta que la aprobación no depende de ellos, el rechazo implica que su crédito no vale nada, pues la regla general de la que parte el artículo 134.1 es precisamente que el contenido del convenio vincula al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados”.

³ Respecto del necesario acuerdo de la Junta general de socios o de accionistas ante el acuerdo de aumento de capital mediante la conversión de créditos en acciones o participaciones, vid., MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La junta general de la sociedad concursada*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 122 y ss.

⁴ Así aquellos acreedores que hayan capitalizado créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado. (vid. segundo apartado del número 5 del artículo 92 LC.).

⁵ La Exposición de Motivos de la “Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”, alude a esta situación que se presenta a los acreedores, en términos parcialmente coincidentes al señalar: “Se trata en definitiva de favorecer también para ellos que una expectativa incierta de cobro de una cantidad elevada (en términos de capacidad de pago del deudor) se torne en una certeza razonable de cobro de una cantidad más reducida o sujeta a una mayor espera. Se trata de favorecer también los mecanismos para que la deuda pueda transformarse en capital.”

ultranza su condición de acreedores concursales, con la expectativa razonable de encontrarse ante un escenario de liquidación concursal, donde por el tiempo transcurrido, y la manifiesta insuficiencia de la masa activa resulta cada vez más notoria la progresiva disminución de las posibilidades de recobrar el importe de sus créditos.⁶

Cuestión distinta será el plantear a los socios actuales de la sociedad concursada y sobre todo a los socios con una participación relevante y/o de control, si están dispuestos a permitir la entrada de nuevos socios y con ello la dilución de su participación en el capital social⁷ y en ciertos casos, atendiendo al importe de la capitalización de créditos, llegar a soportar un importante sacrificio en términos de pérdida efectiva del control de la sociedad o, en su caso, del grupo de sociedades. Ciertamente el legislador concursal es plenamente consciente de la tradicional reluctancia de los antiguos socios a la entrada de nuevos socios, y a tales efectos con la clara finalidad de desincentivar las maniobras obstruccionistas de aquellos socios ha incorporado un nuevo supuesto de presunción de culpabilidad en el número 4 del art. 165 LC, que afecta al deudor, a sus representantes legales, a sus administradores o liquidadores cuando sin causa razonable se hayan negado a la capitalización de créditos, frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis 1 o en la disposición adicional cuarta. En la misma orientación desincentivadora se manifiesta el artículo 172 bis apartado primero al ampliar el perímetro subjetivo de los posibles condenados a cubrir total o parcialmente el déficit concursal a “los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del artículo 165...”.

En determinados supuestos los socios de control podrán ser a la vez acreedores de la sociedad concursada, y a pesar de su condición de acreedores residuales o marginales adquirir en vía societaria el protagonismo perdido en sede concursal al ser calificados como personas especialmente relacionadas con el deudor concursado, así podrá suceder de estar integrada la masa pasiva por porcentajes elevados de créditos subordinados.

2.2. La problemática de la entrada de liquidez o de Fresh Money

Como es sabido, la disposición adicional segunda de la “Ley 17/2014 de 30 de septiembre por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial”, establece que tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos

⁶ Un buen ejemplo de lo que estamos señalando en el texto lo encontramos en la propuesta de convenio de acreedores que presentó, donde dejado muy clara su voluntad de tratar de impedir la liquidación, en lo que se denomina como propuesta básica se propone a los acreedores una quita del 97,5 % y una espera de 8,5 años, la versión extractada de esta propuesta de convenio se publicó en la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley Wolters Kluwer, número 21/2014, p. 333 y ss.

⁷ La efectividad de la presunción de culpabilidad requiere que la propuesta de refinanciación vaya acompañada del reconocimiento a favor de los socios del deudor del derecho de adquisición preferente de las acciones o participaciones que vayan a ser suscritas por los acreedores en caso de enajenación ulterior de las mismas, vid., el segundo apartado del art. 165. 4º, que ya había sido incorporado por el Real Decreto –ley 4/2014, de 7 de marzo y que posteriormente recoge la Ley 7/2014 de 30 de septiembre.

en el marco de un acuerdo de refinanciación que se realice bajo el auspicio de las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal; haciendo extensible la anterior calificación a los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería, incluso cuando estos créditos hayan sido concedidos por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas con el concursado. Excluyéndose asimismo de la clasificación de créditos contra la masa, los ingresos de tesorería realizados a través de una operación de aumento de capital.

Asimismo en el apartado cuarto de la citada disposición se señala que, en el caso de liquidación también tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo previsto en el art. 100.5 de la Ley Concursal.

Lo anunciado en los apartados anteriores supone atendiendo al mandato legal dejar sin aplicación, durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 17/2014, lo previsto a tales efectos en el número 11 del apartado segundo del art. 84 LC y lo establecido en el número 6 del art. 91LC, es decir, se suspende temporalmente la calificación que el 50% del dinero nuevo sea calificado como crédito contra la masa y el restante 50% sea calificado como crédito con privilegio general.

A nuestro juicio, la modificación legislativa reseñada, de carácter extraordinario y temporal, acredita, una vez más, cómo tozudamente la realidad imperante en el tráfico económico se termina imponiendo a las opciones de política legislativa cuando éstas opciones quedan demasiado alejadas de los escenarios reales. En nuestra doctrina, ya se advirtió- advertimos- en su día⁸ que resultaba contraproducente y disfuncional, entre otros motivos, por contribuir a incrementar los costes de financiación, la subordinación automática de los créditos aportados por los “insiders”⁹ cuando éstos opten por aportar nuevos ingresos a la sociedad. En este sentido, pretender además que la financiación adicional aportada a la sociedad se realice exclusivamente en concepto de capital de riesgo vía ampliación de capital, cerrando la posibilidad que la aportación de los nuevos recursos financieros se realice en concepto de capital de crédito, podría suponer una dificultad añadida en un momento donde la empresa en crisis precisa con carácter urgente contar con dinero nuevo. De este modo, ha sido suficiente encontrarnos inmersos en una situación de fuerte crisis económica para visibilizar la enorme dificultad que encierra para los agentes económicos acceder a financiación externa en condiciones normales de mercado y en cuantía suficiente al objeto de tratar de asegurar a medio y largo plazo la supervivencia de la sociedad concursada.

En este punto, en un contexto de crisis empresarial son múltiples las razones que cabe traer a colación a fin de justificar la dificultad de encontrar financiación externa

⁸ En este sentido, IGLESIAS PRADA, J.L. VAQUERIZO ALONSO, A., “Sobre la subordinación legal. En el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Madrid – Barcelona, 2005, pp. 3755- 3757, GUASCH MARTORELL, R., “El régimen concursal de los préstamos de socios”, en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal...*, op. cit., T.IV, p. 3717. Sobre el modelo concursal de subordinación automática de créditos realiza en nuestra doctrina una loable síntesis PÉREZ MILLÁN, D., “La subordinación de créditos y los pactos de socios”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley Wolters Kluwer, nº 18/2013, pp. 144-147.

⁹ Vid., respecto del concepto de “insiders” en el derecho concursal norteamericano, la monografía de FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 335 y ss.

adecuada y suficiente, no obstante, siendo así, una de estas razones resulta especialmente constatable: si el propio empresario o el círculo de las personas próximas al mismo ya no confían en el proyecto empresarial, ¿quién o quiénes van a confiar para realizar nuevos ingresos de tesorería en un momento tan delicado?, “mutatis mutandis” sucede lo mismo en el ámbito de las sociedades cotizadas; si los propios directivos de estas sociedades no transmitiesen a los inversores un mensaje de confianza, mostrándose dispuestos a adquirir paquetes significativos de acciones, ¿cómo cabe esperar que los adquiriera un tercer inversor informado? Nos estamos refiriendo al inversor que cuenta con la capacidad de conocer y valorar el hecho que ni los propios directivos de la sociedad cotizada han demostrado su plena confianza en el proyecto empresarial que lideran.

3. LA PRESENTACION DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

3.1. La condición de proponente del acreedor subordinado y los posibles perjuicios

Como sabemos, a tenor de lo establecido en el art. 113.1 LC, además del concursado, también podrán presentar propuesta de convenio “los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores...”, de aquí que de la propia literalidad del precepto se desprenda que todos aquellos acreedores que titulen créditos por un importe superior a una quinta parte del total pasivo que resulte de la lista de acreedores, se les reconoce la facultad de presentar una propuesta de convenio, acorde con ello, cabe considerar que, salvo los acreedores contra la masa, la condición de acreedor proponente o acreedores proponentes la podrán ostentar legítimamente los acreedores subordinados, y por supuesto, entre ellos, las personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural o persona jurídica.

La posibilidad de que la condición de acreedor proponente recaiga en uno o más acreedores subordinados encuentra plena justificación en los supuestos donde la masa pasiva esté integrada en una amplia mayoría exclusivamente por créditos subordinados en porcentajes del 60%, del 70%, del 80%, del 90 % y el resto de acreedores concursales -ordinarios y privilegiados- tengan respectivamente una participación del 40%, 30%, 20%, 10%. Por supuesto la mera composición interna de la masa pasiva en clave de otorgar mayorías a los acreedores subordinados carece de eficacia jurídica para justificar la improcedencia de la declaración de concurso, y del mismo modo las mayorías legales requeridas para la aprobación del convenio siguen estando vinculadas al pasivo ordinario.

En este orden de cosas, partiendo del pleno reconocimiento legal y del posicionamiento favorable adoptado por un sector predominante de nuestra doctrina¹⁰

¹⁰ Vid., entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, *op. cit.*, p. 3908.

respecto de la capacidad de los acreedores subordinados para llegar a formular una o varias propuestas de convenio, vamos a analizar si la condición de proponentes cuando recaiga sobre los acreedores subordinados sería susceptible de llegar a perjudicar la posición jurídica del deudor concursado, o la que mantienen los restantes acreedores concursales.

3.1.1. A la posición jurídica del concursado

En primer término, respecto del concursado, “prima facie”, el hecho de que los acreedores subordinados presenten una o varias propuestas de convenio, actuando estos por sí solos o conjuntamente con acreedores de otras categorías, le podrá resultar al concursado tan perjudicial como hipotéticamente le pueda resultar lesiva la propuesta de convenio presentada por cualquiera de los restantes acreedores concursales legitimados a tal fin.

A nuestro juicio, nos parece un auténtico contrasentido reconocer, de una parte, sin limitación alguna la legitimación activa de los acreedores subordinados a los efectos de solicitar la declaración de concurso del deudor común y, por otra parte, impedir a estos mismos acreedores la posibilidad de formular una o varias propuestas de convenio, es decir, los acreedores subordinados podrían hacer lo más – formular la solicitud de declaración de concurso- pero quedarían deslegitimados para hacer lo menos -la presentación de una propuesta de convenio-. En relación con ello, recordemos, que el acreedor instante, en nuestro caso el acreedor subordinado está facultado para solicitar del Juez del concurso la adopción de medidas cautelares destinadas a asegurar la integridad del patrimonio del deudor (cfr. Art. 17 LC), y que este mismo acreedor instante del concurso, quizás, logre obtener el pago íntegro de su crédito atendiendo a lo previsto en el art. 19.1 LC.

Y en última instancia, si el concursado considera que la aprobación de una propuesta de convenio presentada por uno o varios acreedores subordinados lesiona sus legítimos intereses, siempre mantendrá el derecho de optar, de darse las circunstancias que lo permitan, entre ejercitar la oposición a la aprobación de la propuesta de convenio aceptada por los acreedores o proceder a solicitar la apertura de la fase de liquidación (cfr. Art. 128.3 LC).

3.1.2. A la posición jurídica de los restantes acreedores concursales

Respecto del posible perjuicio a los restantes acreedores concursales también se nos antoja difícil encontrar justificaciones razonables a fin de privar a los acreedores subordinados de la condición de acreedores proponentes. En primer lugar, respecto de los acreedores privilegiados, éstos mantienen invariable la posibilidad de escoger ante cualquier propuesta de convenio el quedar vinculados por el contenido del convenio o quedar al margen del mismo, y por ende, cabe suponer que los acreedores privilegiados- con privilegio especial o privilegio general- únicamente estarán dispuestos a quedar afectados por el contenido de la propuesta de convenio aprobada en la junta de acreedores, si ésta propuesta y en definitiva el convenio, resulta favorable a sus

intereses; sin perjuicio de ser así, en la actualidad los acreedores privilegiados también pueden quedar vinculados por el convenio cuando se den las mayorías de acreedores de su misma clase que se establecen en el artículo 134.3LC.

En segundo lugar, nos encontramos con la categoría de los acreedores ordinarios frente a los cuales cabe de nuevo valorar la hipótesis de que resulten perjudicados por el contenido de una propuesta de convenio presentada por los acreedores subordinados. Siendo así, los acreedores ordinarios cuentan con sólidos argumentos normativos que les permiten alejar cualquier peligro de potencial perjuicio a su posición jurídica. En efecto, con independencia de su condición de proponentes, los acreedores subordinados siguen sin contar con el reconocimiento legal a fin de ejercer el derecho de voto, y que además, sea cual sea la composición interna de la masa pasiva concursal- incluso en el supuesto que estuviese integrada por una mayoría de créditos subordinados-, las mayorías necesarias para la aprobación de propuestas de convenio siguen siendo referenciadas al pasivo ordinario.

Pues bien, de los supuestos hasta ahora analizados se desprende que la condición de proponentes cuando recaiga sobre todos o algunos de los acreedores subordinados no significará “per se” perjudicar la legítima defensa de los intereses del concursado sin que tampoco afecte de modo negativo a los restantes acreedores concursales. En este contexto, analicemos ahora desde el marco del procedimiento concursal, dos de los posibles argumentos que quizás salgan a colación, cuando se argumente a los efectos de no reconocimiento de la condición de proponentes a los acreedores subordinados.

3.1.3. A la agilidad del proceso concursal

En éste orden de cosas, cabría argumentar que la admisibilidad de una o de varias propuestas presentadas por los acreedores subordinados produzca el efecto no deseado de ralentizar en grado sumo la tramitación de la fase de convenio. Ciertamente la Ley Concursal no establece un límite cuantitativo en términos de número máximo de propuestas de convenio que resulten admisibles, limitándose a requerir que la propuesta de convenio sea presentada por acreedores que superen el 5% de del total pasivo, sin distinguir entre las distintas categorías de créditos que integran la masa pasiva del concurso.

Por nuestra parte, creemos que los criterios de funcionalidad previstos en la propia Ley en lo referente a la celebración de la junta de acreedores ya constituyen un mecanismo suficientemente eficaz, sin que, de otra parte, las garantías procesales del procedimiento concursal deban de resentirse porque exista una pluralidad de propuestas de convenio y que una o varias de éstas propuestas resulten ser las presentadas, y en su caso, defendidas por los acreedores subordinados en el momento de someterse a deliberación y debate en la junta de acreedores.

3.1.4. A la transparencia del procedimiento concursal

En lo que respecta a una posible falta de transparencia del procedimiento concursal pensamos, que una vez más, la singular posición jurídica de los acreedores

subordinados, incluso cuando éstos sean los proponentes de una propuesta de convenio, dificulta en grado sumo argumentar convincentemente que puedan darse situaciones de auténtica falta de transparencia, por ejemplo, las que pretendan conseguir la aprobación de un convenio a favor de los intereses del concursado y en detrimento de los acreedores concursales. Así las razones que justifican el tratamiento que reciben los denominados “acreedores a título derivativo”¹¹ carecen de aplicabilidad argumentativa respecto de los acreedores subordinados, siendo conscientes además de las escasas posibilidades de maniobra de los proponentes dada la interdicción existente del derecho de voto, y de otra parte, la limitación consistente en mantener invariable el texto de la propuesta de convenio, al disponerse en la Ley Concursal que una vez admitidas a trámite las propuestas de convenio no podrán revocarse ni modificarse. (cfr. Art. 114.2).

En definitiva, en el marco del procedimiento concursal, la ausencia de transparencia, las maniobras fraudulentas entre el deudor y sus acreedores, las corruptelas ligadas al posible mercadeo de créditos -pensemos que en la actualidad se reconocen los efectos positivos de los negocios jurídicos de adquisición de créditos realizados con posterioridad a la declaración de concurso-¹² por supuesto que deben quedar sometidas a un estricto control de legalidad con la clara voluntad de erradicarlas; ahora bien, en modo alguno, ello debe servir a fin de justificar o amparar la vulneración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, pues tal y como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003, las excepciones legales al principio de la “par conditio creditorum” “han de ser muy contadas y siempre justificadas”.

4. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ASISTENCIA, DEBATE E INFORMACIÓN, EN LA JUNTA DE ACREEDORES

En nuestra Ley concursal la interdicción legal del derecho de voto que alcanza, sin distinción de posición, a todos los titulares de créditos subordinados, produce en el marco de la junta de acreedores la modificación de la conexión en torno del ejercicio de los derechos de asistencia, debate y voto, fragmentándose dicha conexión al quedar descolgado desde el prisma tuitivo de la cadena el eslabón más significativo: el derecho de voto. Acorde con ello, en lo que respecta a la categoría de los acreedores subordinados, los derechos de asistencia, debate, información y en última instancia de impugnación, deban ser conceptualmente configurados como derechos independientes o desconectados del derecho de voto. En sede concursal, en una posición jurídica que

¹¹ Vid. Al respecto, TOMILLO URBINA, J., “El derecho de asistencia a la junta del concurso”, en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal...*, op. cit., T. II, pp. 1627-1628.

¹² En la Exposición de Motivos del R.D Ley 11/2014 de 5 de septiembre, se señala: “El verdadero problema estriba en que el adquirente se haya concertado con el deudor para defraudar al resto de acreedores”. Por su parte, el citado Real Decreto da una nueva redacción al art. 122.1 LC especificando que: “No tendrán derecho de voto en la junta los titulares de créditos subordinados incluídas, en particular, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso”, admitiéndose, por el contrario, el derecho de voto de los restantes acreedores que hubiesen adquirido sus créditos con posterioridad al auto de declaración de concurso.

guarda ciertas similitudes pero que no resulta idéntica nos encontramos con la posición de los denominados acreedores contingentes, que tienen legalmente suspendido el ejercicio de los derechos de adhesión, de voto y de cobro (Cfr. Art. 87.3 LC). Y en sede societaria con la tutela de la posición jurídica de los accionistas y socios poseedores de acciones o participaciones sin voto. (Cfr. Art. 102 LSC).

En este orden de cosas, la primera cuestión a plantearse se centrará en dilucidar el significado y alcance que para los acreedores subordinados comportara el ejercer sin cortapisas en el marco de la junta de acreedores los derechos de asistencia y debate e información.¹³

4.1. El derecho de asistencia a la Junta de Acreedores

El derecho de asistencia de los acreedores concursales a la junta de acreedores se reconoce de modo omnicomprendivo en el art. 118 LC, afectando a todos los acreedores que figuran en la relación de incluidos en el texto definitivo de la lista de acreedores. Siendo así, la primera cuestión casi obligada a plantearse resulta muy simple: ¿para qué querrán asistir los acreedores subordinados a la junta de acreedores? En este sentido, resulta evidente que la simple asistencia del acreedor subordinado a la junta de acreedores “per se” no garantiza que el acreedor asistente quede en mejores condiciones respecto del acreedor subordinado no asistente al objeto de lograr la tutela efectiva de sus legítimos intereses. En efecto, frente a la postura abstencionista, la asistencia a la junta de acreedores únicamente resultará efectiva para la defensa de los intereses de los acreedores subordinados en la medida que lleguen a incidir en el debate y deliberación de las propuestas de convenio presentadas.

De otra parte, la asistencia a la junta de acreedores se podrá realizar personalmente o mediante la asistencia de un representante, de este modo los acreedores subordinados podrán hacerse representar por cualquier persona física o jurídica e incluso por otro acreedor subordinado, siempre que el representante no tenga la condición de persona especialmente relacionada con el concursado. Siendo ello así, las razones¹⁴ aducidas para impedir que el representante ostente la condición de persona especialmente relacionada con el concursado no nos parecen suficientemente convincentes, máxime si hacemos un mero ejercicio comparativo con las razones que justifican la prohibición de la representación conferida a favor del propio concursado o de la administración concursal. En este sentido, partiendo del dato irrefutable que las personas especialmente relacionadas con el concursado tienen legalmente atribuidos los derechos de asistencia y debate, ¿por qué negarles que puedan representar a otros acreedores concursales acogiéndose estrictamente a las instrucciones que hayan recibido de su representado? Pensemos que los acreedores subordinados pueden representar a otros acreedores concursales y en su condición de representantes ejercer el derecho de

¹³ Vid. en términos afirmativos en torno del reconocimiento de los derechos de asistencia debate e información en favor de los titulares de créditos subordinados se manifiesta SANCHEZ CALERO, F., “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, *op. cit.*, p. 3909.

¹⁴ Vid. In extenso FERRÉ FALCÓN, J., *op. cit.*, p. 686, se trata “... de evitar que sus titulares, en atención a la información e influencia que les proporciona a su posición cercana al deudor, puedan hacer uso de las mismas para ayudar a aquél y perjudicar al resto de acreedores”.

voto que corresponda a los créditos sobre los cuales ostenta la titularidad su representado, y por supuesto ello también debería resultar factible a las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado.

También nos podemos encontrar con supuestos donde acontezca la representación de un acreedor, persona física o jurídica, que simultáneamente sea titular de créditos privilegiados, ordinarios y subordinados. A este fin, el acreedor podrá optar, por ejemplo, que cada clase de crédito del que resulte ser titular sea representado en la junta de acreedores por un representante distinto, o que un mismo representante actúe en representación de todos los créditos de los que sea titular con independencia de su categoría.

4.1.1. El derecho de debate en la Junta de Acreedores

De entre todas las cuestiones acerca de las cuales el acreedor asistente o representado podrá estar interesado en intervenir en la junta de acreedores, cabe esperar que en la mayoría de casos el ejercicio del derecho de debate quede focalizado respecto del contenido de la propuesta o propuestas de convenio que vayan a ser sometidas a la consideración de la junta de acreedores.

Tal y como hemos planteado en el epígrafe correspondiente al derecho de asistencia, también respecto del derecho de debate de los acreedores subordinados resulta pertinente formularnos la siguiente cuestión: ¿Cuáles son los motivos que justifican reconocer el derecho de debate a favor de los acreedores subordinados? A nuestro juicio, encontramos tres motivos trascendentes para justificar el pleno reconocimiento del derecho de debate de los acreedores subordinados, a saber:

El primer y principal motivo que justifica el reconocimiento “in extenso” del derecho de debate de los acreedores subordinados, radica en el tratamiento legal que reciben esta categoría de acreedores, por cuanto sin tener la posibilidad de realizar con plena efectividad una declaración explícita de conformidad, quedan irremediabilmente vinculados por el convenio. De aquí que la afectación forzosa al contenido del convenio justifica la necesidad ineludible de reconocer a favor de todos los acreedores subordinados el derecho a defender sus intereses económico-patrimoniales en el transcurso de la celebración de la junta de acreedores.

El segundo motivo lo encontramos en la capacidad para incidir ni siquiera sea indirectamente – por carecer del derecho de voto- en la aprobación o rechazo de una propuesta de convenio. En efecto, ello será así en la medida que los acreedores con derecho de voto tomen en la consideración debida, las advertencias formuladas por los acreedores subordinados, cuando estos en el transcurso de su intervención lleguen a razonar y justificar acertadamente los pros y contras de la propuesta de convenio sometida a debate.¹⁵

¹⁵ Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*, Madrid, 2008, p. 139, el autor acertadamente estima que la privación del derecho de voto “... no justifica que deba negárseles el derecho de poner de manifiesto defectos de un convenio que hayan de impedir que sea definitivamente eficaz, sobre todo cuando se van a ver vinculados por ese convenio y afectados en su patrimonio por el contenido del mismo.”.

El tercer motivo, lo constituye la posibilidad de convertir el derecho de debate de los acreedores subordinados en un mecanismo eficiente e idóneo a los efectos de reforzar su singular posición jurídica en los supuestos que decidan formular oposición a la aprobación judicial del convenio o cuando vayan a denunciar el incumplimiento del convenio. De este modo, mediante la inclusión en el acta de la junta de acreedores se consigue dejar constancia explícita de los motivos de oposición a cada una de las propuestas de convenio sometidas a debate y votación. En este sentido, entendemos, que si bien de forma sucinta el acta de la junta deberá hacer mención de las cuestiones controvertidas que se han puesto de manifiesto en la deliberación de cada una de las propuestas sometidas a consideración de la junta de acreedores.

La Ley Concursal encomienda al Presidente de la junta dirigir la deliberación y el debate de cada una de las propuestas presentadas para su aprobación en la junta de acreedores, siendo el propio Presidente quien, por mandato legal, tiene reconocida la facultad de acotar la duración del debate. En efecto, en el artículo 121.3 LSC se indica el criterio al cual podrá acudir el Presidente cuando deba dar respuesta a la cuestión ¿cuándo debe considerarse suficientemente debatida una propuesta de convenio? La respuesta la ofrece la propia Ley: en el momento en que hayan acaecido tres intervenciones a favor y tres en contra.

A tales efectos, repárese que el legislador se limita a señalar un criterio orientativo, y no limitativo, en la actuación del Presidente, de aquí que no debemos descartar que de darse un supuesto donde resulte más aconsejable -vgr.- por la trascendencia y complejidad de las cuestiones debatidas- un debate más extenso entre todos los acreedores asistentes, el Presidente de la Junta en el ejercicio de las funciones de dirección y control legalmente atribuidas, está legitimado para autorizar una ampliación de las intervenciones atendiendo a las solicitudes de voz realizadas, y sin que, a nuestro juicio, el derecho de intervención deba quedar forzosamente constreñido ni por supuesto vinculado a la capacidad potencial del acreedor asistente de ejercer el derecho de voto. Obviamente, corresponde al Presidente de la junta de acreedores evitar que el ejercicio del derecho de debate por parte de los acreedores concurrentes tenga por finalidad obstruir o paralizar el normal funcionamiento de la junta de acreedores.

4.2. El derecho de información en la Junta de Acreedores

El posicionamiento entorno del derecho de información de los acreedores titulares de créditos subordinados lo debemos efectuar tomando en consideración, en primer lugar, el carácter instrumental que en el marco de la junta de acreedores respecto del derecho de información adoptan el derecho de asistencia y el derecho de debate. De este modo, la conexión de los derechos de asistencia y debate se postula respecto del derecho de información, derecho cuyo ejercicio está encaminado al reconocimiento de la plena legitimidad de los titulares de créditos subordinados a conocer, entre otros aspectos, en toda su extensión el contenido de las propuestas de convenio que se sometan a la consideración de la junta de acreedores, a fin de estar en mejores condiciones de valorar la forma y modo en que les afecta el contenido del convenio que por mandato legal vincula a los acreedores subordinados que titulen créditos anteriores al auto de

declaración del concurso. De aquí, que los acreedores subordinados queden obligados a soportar una vinculación forzosa que trasciende del marco tuitivo que otorga en nuestro ordenamiento jurídico el conocido principio de relatividad de los contratos (art. 1257 Cc).

En cuanto al reconocimiento legal del derecho de información el artículo 120 LC lo reconoce a favor de todos los acreedores concursales que decidan asistir a la Junta de acreedores y no únicamente a los acreedores que tengan reconocido el derecho de voto. En lo que respecta a su contenido, el derecho a informarse del acreedor abarca el conocer y valorar en toda su extensión cuatro aspectos, a saber: el informe de la administración concursal, la actuación de la administración concursal, las propuestas de convenio y los escritos de evaluación emitidos.

Durante la celebración de la junta de acreedores, el efectivo ejercicio del derecho de información se convierte, a nuestro juicio, en el mecanismo de tutela más eficiente para defender los derechos concursales de los titulares de créditos subordinados. En efecto, consideramos que la restricción, la privación injustificada o discriminatoria de este derecho de información debe tener graves consecuencias que se traducen en la probable impugnación del convenio aceptado y aprobado judicialmente, y de resultar acreditada, la comisión de una infracción grave del derecho de información que, en nuestro caso afecte a los acreedores subordinados, debe conllevar la nulidad del acuerdo aprobando el convenio. Con ello, sólo estamos adoptando un posicionamiento consecuente: derecho de información amplio y efectivo respecto de todos los acreedores concursales, y en cualquier supuesto, reconocimiento del ejercicio del derecho de información a favor de los titulares de créditos subordinados con idéntico contenido y alcance que disponen los restantes acreedores concursales, no cabiendo en modo alguno en este aspecto un tratamiento discriminatorio o perjudicial que termine afectando negativamente a la tutela de los legítimos intereses de los acreedores subordinados.

5. EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACREEDORES SUBORDINADOS

A nuestro juicio, cabría adoptar como premisa de partida la convicción que el derecho de impugnación debería reconocerse “in extenso” a todos los acreedores subordinados, lisa y llanamente por su mera condición de acreedores concursales. En efecto, como venimos reiterando, no deja de resultar paradójico que a los acreedores subordinados, de una parte, se les prive del derecho de voto, y de otra se les imponga el contenido de un convenio que si bien han podido debatir no han llegado a contribuir con la emisión de su voto a la formación de la mayoría requerida para su aprobación. Así pues, la limitación y en última instancia el no reconocimiento del derecho de impugnación de los acreedores subordinados, situaría a tales acreedores en una posición de absoluta desprotección que carece en absoluto de justificación. Cuestión distinta y evidente será

que en la Ley Concursal¹⁶ incomprensiblemente no se haga mención explícita a la legitimación activa de los acreedores subordinados. En lo que aquí respecta, las reflexiones acerca del contenido del derecho de impugnación de los acreedores subordinados, la vamos a realizar a continuación distinguiendo tres supuestos.

5.1. La oposición a la aprobación judicial del convenio

De lo hasta ahora analizado, se concluye que la posición jurídica de los acreedores subordinados en el marco de la celebración de la junta de acreedores, se configura a partir del reconocimiento legal a su favor de los derechos de asistencia, debate e información, derechos que postulamos como plenamente ejercitables por los acreedores subordinados con idéntico alcance y contenido que la Ley Concursal regula para los restantes acreedores concursales. Avanzando en nuestra reflexión, nos corresponde ahora examinar si resulta procedente reconocer y de ser así cuáles son las condicionantes que presenta, el reconocimiento de la legitimación activa de los acreedores subordinados para oponerse a la aprobación judicial del convenio.

A tales efectos, el punto de partida vendrá determinado, en primer lugar, por lo establecido en el art. 128 LC al limitar la legitimación activa de los acreedores concursales a los siguientes supuestos, afectando así: la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los privados de forma ilegítima del derecho de voto y finalmente a los acreedores que hubieran votado en contra. En este sentido, resulta obvio que a los acreedores subordinados por carecer del derecho de voto no llegarán a ostentar la condición de acreedores a los que se les haya privado de forma ilegítima del derecho de voto, ni por supuesto podrán haber votado en contra, y por ende, en el marco de los supuestos “*numerus clausus*” de legitimación activa, los acreedores subordinados únicamente podrán aspirar a ser englobados en la condición de “acreedores no asistentes” o no concurrentes a la junta de acreedores.

Sentado lo anterior, quiere ello significar que la posibilidad de postular el reconocimiento legal de la legitimación activa de los acreedores subordinados a los efectos de oponerse a la aprobación judicial del convenio, únicamente tendría trascendencia con respecto de los acreedores no asistentes a la junta de acreedores, con independencia de la motivación o la razón/es por las cuales no haya asistido. Sin embargo, de ser así quizás resulte más difícil justificar el reconocimiento de una legitimación activa a favor de unos acreedores que en determinados casos han hecho dejadez del ejercicio de los derechos que amparan su posición jurídica en el procedimiento concursal. Si de “*facto*”, se ha producido una renuncia a ejercer los derechos de tutela que les amparan, como se puede justificar “*a posteriori*” su interés en denunciar una presunta infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta o respecto del contenido de una propuesta de convenio cuando ni siquiera podrán hacer

¹⁶ En este sentido FERRÉ, FALCÓN, J., *op. cit.*, p. 667, estima que hubiese sido preferible que el legislador hubiese dedicado una norma específica a regular la legitimación activa de los acreedores subordinados, “dotándoles de legitimación para oponerse al convenio únicamente cuando el contenido del mismo vulnerase su posición en la clasificación de créditos establecida por la Ley”.

constar en el acta de la junta las razones o los motivos que fundamentan la existencia de la infracción legal.

A nuestro entender, los acreedores subordinados en su condición de acreedores afectados por lo pactado en el contenido de la propuesta de convenio, sí que en determinados casos y bajo ciertas circunstancias,¹⁷ ostentan un claro interés legítimo para oponerse al convenio. A lo anterior cabe considerar que quizás resulte demasiado reduccionista propugnar “una interpretación integradora del art. 128 que reduzca la legitimación de los acreedores “no asistentes” a aquellos que, además, tuviesen derecho de voto...”¹⁸.

En un sentido favorable y con argumentos convincentes también se posiciona nuestra doctrina¹⁹ aduciendo las siguientes razones: así se alude precisamente a la ausencia de distinción legal entre los acreedores no asistentes, al hecho de la vinculación de los acreedores subordinados al contenido del convenio, pero se añade otro argumento que se sustenta en la fundamentación del reconocimiento de la oposición del convenio basado en la protección a las minorías y en el control de la legalidad que está en conexión con la facultad que ostenta el Juez de rechazar de oficio un convenio aceptado en la Junta de acreedores de apreciar infracción legal en la constitución de la junta, en su celebración o en el contenido del propio convenio. (vid. Art. 131.1 LC).

También, a nuestro juicio, resulta difícilmente justificable el dar sin más, carta de naturaleza a la opción legislativa de negar la legitimación activa a los acreedores subordinados para oponerse a un convenio objetivamente inviable,- un convenio aceptado por la junta de acreedores, en fase de oposición, que todavía no se ha empezado a cumplir-. La dificultad que plantea el negar la legitimación activa a los acreedores subordinados en el supuesto del convenio objetivamente inviable deriva, básicamente, de la toma en consideración de tres circunstancias, que a continuación exponemos:

La primera circunstancia está relacionada con las posibilidades de éxito que requiere acreditar –la carga de la prueba incumbe a la parte que la alega²⁰- la inviabilidad objetiva del convenio si a priori el acreedor no estará siempre en igualdad de condiciones -pensar en el problema que plantean las asimetrías informativas- a fin de acceder, de una parte, a una información veraz y ajustada respecto de la concreta realidad económica financiera del deudor concursal, y de otra parte, de conocer las

¹⁷ TAPIA LÓPEZ, J. M., “De las fases de convenio o de liquidación (arts. 98-162 LC)”, en VV.AA., *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 456, aludiendo a la “hipótesis de un convenio que afectara al derecho mismo de los acreedores subordinados, por ejemplo, el que previera la cancelación de todos los créditos subordinados como efecto de la aprobación judicial del convenio o del pago de los créditos ordinarios”; en este sentido se ha manifestado la SJM nº 1 de A Coruña de 11 de marzo de 2011.

¹⁸ MUÑOZ PAREDES, A., “Protocolo Concursal”, Aranzadi, 2013, p. 622, argumentando, que de lo contrario acabaríamos aceptando también la legitimación activa de los acreedores contingentes, que tienen suspendido el derecho de voto, pero no el de asistencia.

¹⁹ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “La oposición al convenio concursal”, en *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.) Tecnos, Madrid, 2012, p. 775.

²⁰ Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *op. cit.*, pp. 783-784, aludiendo al contenido de las sentencias de la A.P de Valencia 48/2007 de 20 de febrero y 174/2010, de 11 de junio.

posibilidades reales del deudor concursado para proseguir con la actividad empresarial. Ciertamente, con ello no desconocemos ni en modo alguno está en nuestro ánimo minusvalorar la importancia y trascendencia que, respecto del derecho de información de los acreedores concursales, suponen el informe de la Administración Concursal, y los informes emitidos por esta misma Administración Concursal relativos al contenido de las propuestas de convenio, al plan de pagos, y en su caso, al plan de viabilidad. Sin embargo, en ciertos supuestos, los acreedores especialmente relacionados con el deudor concursado, por razón de su proximidad o cercanía con el deudor concursado disfrutaban en la praxis de mayor capacidad de acceder a las fuentes de información imprescindibles para lograr acreditar la inviabilidad objetiva del convenio.²¹

En este sentido, coincidimos plenamente con el planteamiento realizado en nuestra doctrina,²² al argumentar que el llegar a dilucidar cuando el cumplimiento del convenio es objetivamente inviable, es decir, el estimar si existen datos suficientes para considerar que existe una imposibilidad de cumplimiento de carácter objetivo, constituye “una cuestión de oportunidad por mucho que se pretenda objetivar tal inviabilidad. No será fácil establecer unas reglas objetivas en el ámbito económico, financiero, empresarial, etcétera, que hagan objetivamente inviable el cumplimiento en todos los casos en que concurren, porque, en efecto, el juicio de oportunidad es económico más que jurídico, inducido de los hechos y no deducido de una norma o regla abstracta. Más bien se tratará de una valoración específica en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del supuesto de hecho...”²³ Pensar, además, que en un breve espacio de tiempo pueda acaecer lo que se podría denominar como la transición de la viabilidad a la inviabilidad en el contenido del convenio.

La segunda circunstancia por la que nos manifestamos críticos con la opción de nuestro legislador radica en el contrasentido que, a nuestro juicio, representa restringir en esta sede, la legitimación activa de los acreedores concursales estableciéndose una legitimación activa limitada a los acreedores ordinarios, precisamente ante un supuesto de posible impugnación que por su propia naturaleza podrá llegar a afectar a todos los acreedores concursales. Es decir, tal y como analizamos en el siguiente epígrafe, si se está de acuerdo en sede de incumplimiento del convenio, en reconocer la legitimación activa de los acreedores concursales en función de que les afecte el incumplimiento del convenio, resulta paradójico que la imposibilidad objetiva de cumplimiento del convenio que pueda resultar de la acreditación de un supuesto grave, como pueda ser una imposibilidad de pagos absoluta no sea denunciante por cualquier acreedor

²¹ En el supuesto del convenio objetivamente inviable excluye la legitimación activa de los acreedores subordinados, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “La oposición al convenio concursal”, *op. cit.*, p. 776, por entenderlos “asimilados a estos efectos a los cesionarios de créditos adquiridos después de la declaración de concurso”.

²² QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Comentario art. 128”, en VV.AA., *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. 3, Lex Nova, 2004, pp. 2409-2410.

²³ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 218/2012 de 24 de mayo se señala: “Lo que creemos que ha querido establecer el legislador cuando hace referencia a la inviabilidad objetiva es que el convenio no puede ser cumplido y que esta imposibilidad de cumplimiento resulta de los datos objetivos que se puedan extraer de la situación en la que se encuentra la concursada. Por consiguiente de lo que se trata es de determinar si existen datos que nos permitan pensar apriorísticamente que el convenio no podrá ser cumplido”.

concurzal y resulte preciso contar a tales efectos con un porcentaje mínimo respecto de la cuantía de los créditos ordinarios que se cifra en: “el cinco por ciento de los créditos ordinarios”.

Y en tercer lugar, la simple toma en consideración de lo que se desprende de la literalidad del artículo 131.1 LC. En efecto, tal y como se constata, entre los motivos tasados donde se permite al Juez rechazar de oficio el convenio aceptado por la junta de acreedores no se incluye el de la inviabilidad objetiva del convenio, de aquí que únicamente a instancia de parte podrá el Juez llegar a pronunciarse acerca de tal circunstancia, de no ser así al Juez de oficio no le está permitido efectuar una labor de control respecto de la inviabilidad objetiva del convenio.

5.2. La infracción de las medidas prohibitivas o limitativas

Atendiendo a la letra del artículo 137 LC cualquier acreedor podrá denunciar la infracción de medidas prohibitivas o limitativas que afecten al ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, equiparándose a nivel legal esta infracción con un supuesto de incumplimiento del convenio. Repárese que la legitimación activa está reconocida de forma amplia abarcando a tales efectos a todos los acreedores del deudor concursado, de otra parte, y por ser equiparado a un supuesto de incumplimiento del convenio resulta sorprendente la clara contradicción existente entre lo previsto en este precepto y lo que se establece en el artículo 140 LC que a continuación se analiza.

5.3. El incumplimiento del convenio

En lo que afecta a la posición jurídica de los acreedores subordinados, la toma en consideración del régimen jurídico que regula el incumplimiento del convenio en la Ley Concursal, la vamos a realizar a partir de dar contenido a dos cuestiones que se nos antojan esenciales. La primera de estas cuestiones gira en torno de la necesidad o no de que se entre a enjuiciar la gravedad del incumplimiento, la segunda se centra en pronunciarnos acerca de la legitimación activa a los efectos de tener la capacidad jurídica para denunciar los posibles supuestos de incumplimiento del convenio.

Pues bien, respecto de la gravedad del incumplimiento corresponde al Juez del concurso entrar a valorar cuando se está en presencia de un incumplimiento que revista especial gravedad y que, por ende, tenga consecuencias negativas para la práctica generalidad de los acreedores afectados por el contenido del convenio o por el contrario se trata de un incumplimiento que no revista esta gravedad. Nos explicaremos; no es lo mismo que haya acaecido un cumplimiento defectuoso con algunos retrasos en los pagos²⁴ que el supuesto donde se está ante un auténtico incumplimiento de las obligaciones de pago pactadas en el convenio, en el primer supuesto se tendrá de realizar una valoración a fin de que no resulte desproporcionado proceder a la

²⁴ DE LA CUESTE RUTE, J.M., *El convenio concursal: comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Navarra, 2004, p. 215, estima que el “incumplimiento es toda forma de no cumplimiento que abarca tanto la falta absoluta de la prestación debida como el supuesto de que se preste defectuosamente, incluido sin duda el defecto en cuanto al tiempo de cumplimiento”.

resolución del convenio, y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136 LC.²⁵

Respecto de la segunda cuestión planteada, a tenor de lo establecido en el artículo 140.1 LC cuando dispone “Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento”, se desprende que el reconocimiento legislativo en términos de legitimación activa se realiza a favor del acreedor que logre acreditar que le afecta directamente el incumplimiento del convenio. En este sentido, la legitimación activa tal y como aparece formulada no debe llevarnos al equívoco de pensar que se ha formulado una legitimación en términos amplios. En efecto, con ello nos estamos refiriendo que la expresión “cualquier acreedor” queda restringida a los acreedores que les afecte directamente el incumplimiento del convenio, y con ello, por ejemplo, un acreedor concursal, a pesar de haber tenido pleno conocimiento del incumplimiento del convenio por parte del concursado no está legitimado para instar “motu proprio” el incumplimiento del convenio si tal incumplimiento no le afectase directamente a él.

De ser así la opción de nuestro legislador no queda exenta de generar ciertas cuestiones que no siempre van a resultar de fácil respuesta. En primer término porque no se reconoce un régimen de carácter más tutelar y se reconoce la legitimación activa en favor de cualquier acreedor que tenga noticia del incumplimiento del convenio. En segundo término, como debe actuar un acreedor concursal vinculado por el convenio que a pesar de no afectarle directamente el incumplimiento tenga conocimiento preciso de un supuesto flagrante de incumplimiento del convenio.

A lo anterior se le debe añadir en lo que respecta a los a los acreedores subordinados la necesidad de plantear la siguiente cuestión: ¿En qué momento cabe entender que el incumplimiento del convenio podrá afectar a un acreedor subordinado? Al respecto, sobre todo en el ámbito de las pequeñas y medianas sociedades donde la noción de cercanía o proximidad al concursado reviste una mayor relevancia, pueden producirse actuaciones irregulares por parte del concursado -actuaciones de despatrimonialización- en el intervalo de tiempo que media entre la aprobación judicial del convenio y su efectivo cumplimiento, que precisamente acaecen cuando se ha producido el cese del administrador concursal y la plena recuperación de las facultades de administración y disposición del concursado. De acaecer estos hechos, cabe estimar que serán las personas más cercanas al concursado los que pueden tener un mejor conocimiento de tales hechos en el momento de fundamentar y acreditar el incumplimiento del convenio.

En este sentido, un autorizado sector doctrinal aduce que los acreedores subordinados sólo quedan facultados a los efectos de instar la declaración de

²⁵ En un sentido opuesto, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Tutela de los acreedores...”, *op. cit.*, pp. 258-259, señala: “La Ley no introduce elemento de graduación o de valoración de la intensidad del incumplimiento. El juez no tiene margen de valoración al respecto. Ante la solicitud de declaración de incumplimiento el juez deberá decidir si, a la luz de lo actuado por el deudor en ejecución del convenio, se ha cumplido o no el mismo en los justos y precisos términos en que se haya aprobado. En este sentido, por ejemplo, el retraso es, sin duda, incumplimiento del convenio, como lo es también el que se incumpla con respecto de un solo acreedor si, ante hechos como estos, se solicitase la declaración de incumplimiento, estaría motivada su declaración judicial”.

incumplimiento “cuando el convenio esté cumplido totalmente respecto de los créditos ordinarios”,²⁶ de modo que cabe entender que los acreedores subordinados deben permanecer inactivos a la espera de que acontezca el íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios. Por si ello no fuera suficiente, el acreedor subordinado deberá atenerse al orden de pagos que se establece en el artículo 92 LC, de modo que únicamente podrán realizar la denuncia por incumplimiento los titulares de créditos subordinados que estén incluidos dentro del número correspondiente del art. 92 en que no se haya realizado el pago (cfr. Art. 158.2 LC).

6. LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL CONVENIO

De la literalidad de la Ley, en concreto del artículo 134 LC, se desprende que los acreedores subordinados deben quedar afectados por las mismas quitas y esperas pactadas en el convenio para los acreedores ordinarios, y por ende se debe rechazar la posibilidad de que se impongan a los acreedores subordinados quitas superiores a las previstas para los ordinarios o periodos de espera distintos para ambas categoría de acreedores.

A tales efectos la STS de 19 de febrero de 2013,²⁷ siendo su ponente el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, cuando se discute la validez de una cláusula de la propuesta de convenio que había sido aceptada por la junta de acreedores que contenía una quita del 50% para los acreedores ordinarios y otra de un 95 % para los acreedores subordinados, el alto tribunal, considera que dado el carácter imperativo con que se formula la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 134.1 estima: “De este modo, a través de esta previsión legal, los créditos subordinados se ven afectados por la prohibición contenida en el artículo 100.1 LC de que las quitas no podrán exceder del 50% de cada crédito ordinario, y, caso de existir alguna cláusula, como la inicialmente aceptada por la junta de acreedores, que imponía una quita a los acreedores subordinados superior a la prevista con carácter general para los ordinarios, puede tenerse por no puesta y aplicar la norma imperativa del párrafo segundo del art. 134.1 LC”.²⁸

En definitiva, la jurisprudencia y también la posición doctrinal mayoritaria²⁹ coinciden en manifestarse en contra de reconocer viabilidad jurídica a las cláusulas del convenio que directa o indirectamente puedan significar imponer a los créditos subordinados condiciones más gravosas que las establecidas para los créditos

²⁶ FERRÉ, FALCÓN, J., *op. cit.*, p. 668, coincidiendo con el planteamiento del profesor ROJO. “Incumplimiento” (art. 140), en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. / BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, p. 2283.

²⁷ STS 50/2013, Sala 1ª de lo Civil, de 19 de Febrero de 2013. Recurso 1752/2010.

²⁸ ESTEBAN ESTEVAN, A., “El convenio de acreedores contenido”, en VV.AA., *Tratado práctico del Derecho Concursal y su Reforma*, *op. cit.*, p. 719 trayendo este autor a colación diversas sentencias donde se rechaza la posibilidad que se impongan a los acreedores subordinados quitas superiores a las previstas para los ordinarios o periodos de espera distintos entre ambas clases de acreedores.

²⁹ Alude a esta posición mayoritaria SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Pamplona, 2010, pp. 302-304.

ordinarios, siendo por tanto minoritaria la corriente doctrinal³⁰ que si estima admisible que se pacten quitas y esperas superiores para los acreedores subordinados y por ende que estos se les apliquen condiciones más perjudiciales que las previstas para los créditos ordinarios.

³⁰ Vid. la reiterada monografía de FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, *op. cit.*, pp. 612 y ss., reconociendo que el autor aporta suficientes elementos en el debate para considerarlo como un tema que seguirá requiriendo en el futuro de nuevas aportaciones doctrinales.